Archiv
für die
civilistische Praxis.

Sechs und zwanzigster Band. Erstes Heft.

I.

Ueber das s. g. beneficium excussionis personale.

Von
v. Löhr.

Nach dem in Justinian's Compilation bestehenden Rechtszustande hatte der Gläubiger die Macht, ob er den Hauptschuldner, den Intercedenten [1]) oder den Besitzer der verpfändeten Sache [2]) belangen wollte, dies auch, wenn Intercessionen und Pfandbestellungen stattgefunden hatten [3]). Dieser Rechtszustand wird durch die Nov. 4. c. 1. 2. abgeändert mit Rücksicht auf ein, uns nicht bekanntes, Gesetz, das zu der damaligen Zeit außer Gebrauch gekommen war. Nach dieser Novelle soll der Creditor genöthigt werden können, daß er

1) c. 3. c. 23. C. 8, 41.
2) fr. 19. pr. D. 20, 4. — c. 10. C. 4, 10. — c. 14. 24. C. 8. 14.
3) fr. 56. pr. D. 17, 1. — fr. 51. §. 3. D. 46, 1. — c. 8. C. 4, 35. — c. 2. 17. 21. C. 8, 41.

den Hauptschuldner vor dem Intercedenten, alle persönlich Verpflichteten vor dem dritten Besitzer des Pfandes, den dritten Besitzer eines von dem Schuldner bestellten Pfandes vor dem Besitzer einer durch einen Intercedenten verpfändeten Sache belange. Von diesen Grundsätzen kennt das Gesetz nur eine Ausnahme. Im Falle der Abwesenheit des Schuldners [4]) soll der Intercedent sogleich belangt werden können und, wenn er den Schuldner nicht binnen einer gewissen Zeit stellt, auch, gegen Abtretung der Klagen, Zahlung zu leisten verpflichtet seyn. Ueber den Umfang dieser Ausnahme, sowie über die Frage, ob und welche andere Ausnahme es noch gebe, sind die Meinungen unserer Juristen sehr getheilt.

Der größte Theil unserer Juristen ist der Ansicht, daß die in Frage stehende Ausnahme eintrete, nicht allein zum Nachtheile des Intercedenten, sondern auch zum Nachtheile des dritten Besitzers der verpfändeten Sache, und in der That scheint der Zusammenhang auch für diese Ansicht zu sprechen. Derselbe Gesichtspunkt, welcher in dem einen Falle geltend gemacht wird, paßt auch auf den andern. Ein innerer Grund, warum ein Vorzug vor dem Intercedenten zustehe, dürfte

---

4) Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Schuldner schon alsdann als abwesend betrachtet werden könne, wenn er nur an dem Orte seines Domicils sich nicht aufhält, oder ob es auch erforderlich sey, daß er sein Domicil gewechselt habe, damit eine hier zu berücksichtigende Abwesenheit angenommen werden kann? So lange er das Domicil nicht gewechselt habe, könne er ja noch immer in foro domicilii belangt werden, und es falle daher in dem ersten Falle der Grund des Gesetzes hinweg. Dieses letzte scheint mir lange nicht immer der Fall zu seyn, da es sehr leicht vorkommen kann, daß die Executions-Objecte in loco domicilii fehlen. Aber auch hiervon abgesehen, so können wir, meines Erachtens, von dem Buchstaben des Gesetzes um so weniger abweichen, da nach c. 2. C. 3, 13. der Debitor immer an dem Orte belangt werden kann, wo er im Augenblicke des abgeschlossenen Vertrags sein Domicil gehabt hat. Hiernach würde niemals eine absentia im Sinne des Gesetzes eintreten können, wenn die Möglichkeit von der Klage die Abwesenheit entfernen könnte.

schwerlich gefunden werden können. Es wird daher eine verschiedene Behandlung beider nur angenommen werden können, wenn diese in der Novelle ausdrücklich angeordnet worden ist.

Daß dieses letzte geschehen sey, hat Heimbach in der neuern Zeit behauptet[5]). Das Cap. 1. rede nur von Intercessionen für ein Darlehn, und hier finde sich die in Frage stehende Ausnahme. Das Cap. 2. spreche zuerst von Pfandbestellung für ein Darlehn, ohne die Ausnahme anzugeben; hierauf verordne es, daß bei dem Kaufe ebenfalls die in dem ersten Capitel angegebenen Grundsätze mit der Ausnahme eintreten sollen, und dehne diese Bestimmung auf alle Obligationsverhältnisse aus. Hierin liege deutlich, daß bei dem Besitzer eines Pfandes von der angegebenen Ausnahme keine Rede seyn könne.

Ich kann nicht läugnen, daß mir diese Argumentation schon an sich sehr bedenklich scheint, da die Worte: **eadem etiam hic existente divisione super praesentibus et absentibus, quam dudum in fidejussoribus et mandatoribus et sponsoribus ac creditoribus causa debitorum sancivimus,** meiner Ansicht nach, wenn man das erste und zweite Capitel, wie gewöhnlich geschieht, als zwei getrennte Ganze betrachtet, eben so gut auf alles Vorhergehende, wie auf die Ausdehnung auf den Kaufcontract bezogen werden können und dann eine sonst unerklärliche Verschiedenheit ganz verschwindet. Wenn man aber die von Heimbach sehr richtig hervorgehobene Eigenthümlichkeit unserer Stelle weiter verfolgt, so scheint mir gerade hieraus das entgegengesetzte Resultat hervorzugehen.

Allerdings ist es gegründet, daß beide Capitel der Novelle mit Rücksicht auf ein uns unbekanntes Gesetz erlassen worden sind, daß das erste und der Anfang des zweiten nur von dem Falle des Darlehns reden und erst in der zweiten Hälfte des zweiten Capitels eine Ausdehnung zuerst auf den Kauf und dann auf andere Obligationen gemacht worden ist.

---

5) Zeitschrift für Civil-Recht und Prozeß B. 13. H. 3. S. 392. 739.

Gerade hieraus geht aber auch deutlich hervor, daß beide Capitel eigentlich nur Eins sind, was durch die Wortfassung und das Zeugniß Julian's [6]) sehr deutlich wird. Enthalten aber beide nur eine Verordnung, so begreift das erste Capitel und das zweite bis zu den Worten: et non solum, nur eine Verfügung, auf welche die im Anfange erwähnte Ausnahme sich bezieht. Hiernach werden die bis dahin aufgestellten Grundsätze auf den Verkäufer, den Confirmator und den dritten Besitzer von Pfändern angewendet und gesagt, daß auch bei diesen der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit zu berücksichtigen sey [7]). Zuletzt wird verordnet, daß auch bei andern Obligationen die angegebenen Grundsätze stattfinden sollen. Nach dieser Verbindung scheint es mir unmöglich, daß von dem Besitzer andere Grundsätze gelten sollen, wie für den Intercedenten. Gerade bei der Ausdehnung werden beide zusammengestellt und es wird deutlich gesagt, daß die früher angeordnete Verschiedenheit zwischen Anwesenden und Abwesenden auch hier gelten solle. Ein deutlicher Beweis, daß sie in dem Vorhergehenden ebenfalls für beide Fälle angeordnet war.

Daß die in Frage stehende Novelle schon in den Zeiten Justinian's auf die hier behauptete Weise verstanden worden sey, das zeigt die Angabe des Inhalts durch Julian. Indem dieser die in dem Cap. 1. der Novelle erwähnte absentia erläutert, fügt er die Bemerkung hinzu: quod si tam reus, quam fidejussor, vel mandator, vel qui pecuniam

---

6) Julian. c. 3. nr. 10.

7) Et non solum hoc in creditoribus dicimus; sed etiam si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit eum, quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta: non adversus confirmatorem mox emtor accedat, neque tenentem aliquid rerum venditoris, sed adversus venditorem prius, et sic ad confirmatorem et tertio loco contra detentorem. Eadem etiam hic existente divisione super praesentibus et absentibus, quam dudum in fidejussoribus — — sancivimus.

pro reo constituit, in absentia fuerint: tunc liceat creditori etiam adversus res principalis rei venire. Quod si nullae res principalis appareant: tunc etiam in res mandatoris, vel fidejussoris manus creditoris porrigi possunt, ut si debitores habeant, etiam ab his creditori satisfiat, und geht hierauf zu der Angabe des Inhaltes des zweiten Capitels in den folgenden Worten über: Haec autem sic intelligenda sunt, ut nullam facultatem habeat creditor res prius vindicare, quam personales exerceat actiones, tam contra ipsum reum principalem, quam fidejussores ejus et mandatores, eosque non solvendo esse appareat, eodem jure scilicet observando, si personae eorum non appareant. Hieran schließt sich die Bemerkung, daß das über das Darlehn bisher Gesagte ganz auf dieselbe Weise bei dem Kaufe und allen andern Contracten, qui aliquam satisdationem recipiunt, angewendet werden solle, sowohl in Beziehung auf die persönliche wie auf die hypothekarische Klage.

2.

Das beneficium excussionis personale soll der Natur der Sache nach hinwegfallen, wenn der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache schon hatte und nun zufällig wieder verlor. Wie diese Ausnahme in der Natur der Sache gegründet seyn soll, dies weiß ich nicht; im Gegentheile muß ich sie für ganz unbegründet halten, da weder Wort noch Geist der Novelle darauf hinzuweisen scheinen. Demungeachtet liegt einer solchen Bemerkung ein sehr wahrer Gedanke zum Grunde. Der Faustpfandgläubiger hat ein Recht auf fortdauernde possessio, der prätorische Pfandgläubiger auf fortdauernde Detention. Daß diese, wenn sie auf irgend eine Weise den Besitz verlieren, ohne Furcht vor der exceptio excussionis, die vindicatio pignoris vornehmen können, dies versteht sich freilich von selbst. Von diesem Falle dürfte aber auch schwerlich in der Novelle die Rede seyn, welche nur bestimmt, in welcher Ordnung mehrere, zur Verfolgung eines Anspruchs geeignete, Klagen anzustellen seyen.

3.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll der mit der hypothekarischen Klage belangte Besitzer sich des beneficii excussionis nicht bedienen können, wenn er die von ihm in Anspruch genommene Sache erst nach Anstellung derselben Klage erworben hat. Diese Worte lassen eine vielfache Deutung zu; ich glaube sie jedoch nicht unrichtig aufzufassen, wenn ich annehme, daß nur damit ausgedrückt werden soll, es könne der Besitzer, wenn er mit der actio hypothecaria belangt wird, sich der fraglichen Exception nicht bedienen, wenn der jetzige Kläger schon vorher gegen den Debitor als Besitzer der verpfändeten Sache geklagt und dieser nach Anstellung der Klage die Sache an den mit einer neuen Klage belangten Besitzer veräußert hat. Wenigstens würde es durchaus keinen Zusammenhang haben, wenn man diese Behauptung auch von dem Falle verstehen wollte, wo nur eine einmalige Klage gegen einen ursprünglich nicht Besitzenden angestellt worden, oder wenn man annehmen wollte, daß auch eine von einem Andern, als dem mit der zweiten Klage Auftretenden, angestellte frühere Klage, oder daß eine früher gegen einen Andern als den Autor des zweiten Besitzers angestellte Klage eine solche Wirkung äußern könne. Ja nur, wenn der erste Beklagte der Debitor, d. i. ein Solcher ist, der sich des beneficii excussionis nicht bedienen kann, dürfte eine solche Behauptung einigen juristischen Zusammenhang haben. Allein auch in dieser Gestalt scheint mir diese Ansicht wenigstens nicht durch die Nov. 112. c. 1., die man dafür anführt, begründet. Im Gegentheil scheint dieses Gesetz etwas ganz Anderes, namentlich eine viel bedeutendere Beschränkung der Novelle 4., zu enthalten,

Fassen wir die Worte jenes Gesetzes in das Auge, so finden wir darin auch nicht die entfernteste Spur einer gegen den Debitor, vor der von ihm vorgenommenen Veräußerung angestellten hypothecaria actio, sondern nur allein die Verordnung, der Debitor dürfe selbst die speziell und noch vielmehr die generell verpfändete Sache veräußern, wenn er nur

den Creditor alsbald mit dem Kaufpreise befriedige. Geschehe dieses nicht, so solle der Creditor, jedoch unter mehreren nur der erste, alsbald die hypothecaria actio gebrauchen und auf diese Weise seine Befriedigung bewirken können. Daß die Veräußerung von dem mit der hypothekarischen Klage belangten Debitor vorgenommen worden sey, dies wird nur aus dem Umstande gefolgert, daß die erwähnte Verordnung bei Gelegenheit der Bestimmung des Begriffs einer res litigiosa gegeben wird. Diese Folgerung, meines Erachtens schon an sich unstatthaft, wird im vorliegenden Falle ganz unmöglich wegen der vorausgesetzten Verschiedenheit zwischen speziellen und generellen Pfandrechten [ex quo jam claret, quod generales hypothecas **multo magis** litigiosi vocabulo nolumus contineri] [8]), und wegen der Verordnung, daß wenn mehrere Pfandrechte vorhanden sind, tunc secundum sacrarum nostrarum legum tenorem temporum privilegia unicuique creditorum servari decernimus. Sollte diese Verordnung einen Sinn haben, so müßte man nothwendig nicht allein subintelligiren, daß schon vorher der besitzende Debitor belangt worden, sondern auch, daß dies von dem besseren Pfandgläubiger geschehen sey; setzt man aber dieses voraus, so wird gerade hierdurch die ganze Bemerkung überflüssig.

Der Zusammenhang der Sache scheint sehr einfach der folgende: Wenn der Debitor eine speciell verpfändete Sache wissentlich veräußerte, so war dies nach dem Rechte vor unserer Novelle immer ein Unrecht. Die Veräußerung einer beweglichen Sache enthielt ein furtum [9]), bei unbeweglichen ein

---

8) Wäre von einer Litigiosität in Gefolge der Anstellung einer Klage die Rede, so könnte an ein mehr oder minder nicht gedacht werden: dagegen heißt es hier, die speziellen Hypotheken sollen keine res litigiosae seyn, daraus ergebe es sich um so viel mehr, daß auch die generellen Hypotheken nicht zu den res litigiosae gerechnet werden könnten.

9) fr. 19. §. 6. fr. 66. D. 47, 2.

Stellionat[10]. Dasselbe war der Fall, wenn ohne Benachrichtigung des zweiten Creditors eine weitere Verpfändung stattgefunden hatte[11]. War ein pactum de non alienando hinzugefügt, so war die Veräußerung sogar ungültig[12]. Die Veräußerung einer generell verpfändeten Sache war ohne allen Anstand dem Debitor gestattet und kein Unrecht gegen den Creditor. Diese Grundsätze scheinen auf eine Vergleichung des speciellen Pfandes mit einer res litigiosa hingeführt zu haben[13].

Hieraus erklärt sich, meiner Ansicht nach, die Nov. 112. c. 1. sehr einfach. In der praefatio sagt der Kaiser, die Bedeutung des Ausdrucks res litigiosa sey nicht klar in den Gesetzen bestimmt und bestritten, er sey darum angegangen worden, die hier herrschenden Zweifel zu entscheiden. Demzufolge verordnet er nun in dem cap. 1. zuerst:

> sancimus litigiosam dici et intelligi rem mobilem et immobilem seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur, aut per judiciariam conventionem, aut per preces Principi oblatas et insinuatas judici ac per eum adversario interpellatoris cognitas.

---

10) fr. 3. D. 47, 20.

11) fr. 30. §. 1. D. 13, 7. — fr. 15. §. 2. D. 20, 1. — c. 4. C. 9, 34.

12) fr. 7. §. 2. D. 20, 5.

13) Creditor, qui hypothecae seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere: quia precario debitor possidet. c. 2. C. 8, 28 Also sogar die Veräußerung des Creditors soll nur darum kein Veräußerung einer res litigiosa seyn, weil der Debitor nur precario besitze. Cum creditor pignus vendit, non potest videri litigiosae rei emtio contrahi, etsi debitor intercedat, ne venditio perficiatur. c. 1. C. 8, 37. Auch die Art, wie die res, quae in controversia sunt, und res nexae pignori sich in fr. 22. pr. §. 1. D. 49, 14. entgegengesetzt werden, scheint auf einen solchen Gesichtspunkt zurückzuweisen. — Am deutlichsten geht er freilich aus der zu erklärenden Novelle selbst hervor

Auf diese sollen die, über die Veräußerung der res litigiosae, namentlich in der c. 4. C. 8, 37. aufgestellten Grundsätze Anwendung leiden, jedoch mit einigen, uns hier nicht weiter interessirenden Modificationen.

Hierauf fährt er, ohne alle Erwähnung einer angestellten Klage, mit den folgenden Worten fort:

> Ab hoc autem litigiosi vocabulo *hypothecas* separari decernimus, et in his hanc distinctionem tenere: ut siquidem *speciales res mobiles, vel immobiles* aut se moventes *nominalim fuerint hypothecae suppositae, liceat* quidem debitori eas, cui et *quando* voluerit vendere: sic tamen ut ex pretio earum usque ad crediti quantitatem satis faciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, *damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.* Hoc autem praecipimus observari, si non forte ante aut per generalem aut per specialem nominatim hypothecam eadem res aliis fuerit creditoribus obligata: *tunc enim,* secundum sacrarum nostrarum legum tenorem, *temporum privilegia unicuique creditorum servari decernimus.* Ex quo jam claret *quod generales hypothecas multo magis litigiosi vocabulo nolumus contineri:* sed earum actiones *secundum veterum legum constituta examinari* et inde vim praecipimus obtinere. *Et haec quidem de litigiosis, et speciali nec non generali hypotheca disposuimus,* ut jam nulla de his in judiciis dubitatio generetur, sed secundum distinctionem hujusmodi certamina terminentur.

Ich kann diese Verfügung nur so verstehen: Die Verpfändung soll nicht bewirken, daß die speciell verpfändeten Sachen der res litigiosa gleichstehen, und daher soll es sich um so mehr von selbst verstehen, daß die zu einem General-

Pfande gehörenden Sachen nicht als litigios bezeichnet werden können. Als Folge hiervon wird es dem Debitor gestattet (liceat), auch das specielle Pfand zu veräußern, wozu er bis dahin eigentlich nicht berechtigt war, und zwar dies cui et *quando* voluerit, nur soll er aus dem Erlöße den Creditor alsbald befriedigen. Aber auch in dem Falle, wo er dieser Verpflichtung keine Genüge leistet, sollen nicht die Wirkungen eintreten, welche stattfinden, wenn eine res litigiosa veräußert worden ist; die Folge der Vernachlässigung dieser Pflicht soll vielmehr die seyn, daß der Creditor alsbald die hypothecaria actio anstellen kann, ohne von dem Käufer durch das beneficium excussionis zurückgewiesen werden zu können. Dabei sollen jedoch, wenn mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, temporum privilegia unicuique creditorum servari.

Der Kaiser sagt ganz allgemein und ohne alle weitere Beziehung, ab hoc autem litigiosi vocabulo *hypothecas* separari decernimus, und fügt, nachdem er von den speciellen Hypotheken ausführlicher geredet hat, die Bemerkung hinzu, ex quo jam claret, quod *generales hypothecas* multo magis *litigiosi vocabulo nolumus contineri*, und sagt zum Schlusse, er habe de litigiosis *et speciali, nec non generali hypotheca* disponirt. Wie ist es möglich, diese Aeußerungen anders, als in dem eben angegebenen Sinne aufzufassen? Wie ist es möglich, die ohne alle Begründung ausgesprochenen Worte: *liceat* quidem debitori eas cui et *quando* voluerit vendere in einem beschränkten Sinne zu verstehen, oder abzuläugnen, daß durch diese Worte wirklich eine Abänderung an dem bestehenden Rechte gemacht werde? Ist aber hierdurch wirklich ein neuer allgemeiner Rechtssatz aufgestellt, so ist es wieder unmöglich, die Worte: *damus licentiam* creditori, *qui rem venditam suppositam habet,* eandem rem vindicare, *donec ei satis pro debito fiat* in einem beschränkten Sinne aufzufassen, aber auch eben so unmöglich, sie von einem bestehenden Rechtssatze zu verstehen und, wie in neuerer Zeit geschehen ist, dahin auszulegen, daß

dem Pfandgläubiger **nur** das Recht zugesprochen werde, sich der actio hypothecaria zu bedienen, salvo beneficio excussionis. Dies wird sogar buchstäblich durch die Worte, donec satis pro debito fiat, ausgeschlossen. Freilich finden sich diese Worte nur da, wo von dem speciellen Pfande geredet wird und es ließe sich daher sehr wohl sagen, daß diese Bestimmung sich nur auf die Veräußerung specieller Pfandrechte beziehe, die von jeher mehr beschränkt war, wie die Veräußerung generell verpfändeter Gegenstände.

Sind die bisher gemachten Bemerkungen gegründet, so kann der Besitzer, der **in Gefolg einer Veräußerung des Debitors** den Besitz des Pfandes erlangt hat, sich des beneficii excussionis nicht bedienen, ganz einerlei, ob diese Veräußerung vor oder nach Anstellung der Hypothekarklage stattgefunden hat. Diese Veränderung scheint mir für den Fall der Veräußerung einer speciell verpfändeten Sache gar nicht zweifelhaft. Zweifelhaft dagegen ist es, ob man auch etwas Aehnliches behaupten kann, wenn aus einem Generalpfande Etwas veräußert worden ist, da die eigentliche Verordnung sich nur da findet, wo von den speciell verpfändeten Sachen die Rede ist, und es bei Gelegenheit der Erwähnung des Generalpfandes ausdrücklich heißt: sed earum actiones secundum veterum legum constituta examinari et inde vim praecipimus obtinere. In wiefern die Untersuchungen von **Conradi**[14]) mit dem Voranstehenden zusammentreffen, dies kann ich nicht beurtheilen, da ich sein Werk nicht besitze. Auf alle Fälle scheint es nicht überflüssig, an diese längst vergessene Ansicht zu erinnern.

---

14) **Conradi** de beneficio excussionis possess. hypoth. spec. non competente. Helmst. 1747.